

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La médiation à l'épreuve des nouvelles technologies

HAENECOUR, Olivier; Lazaro, Christophe

Published in:

Cabinet d'avocats et technologies de l'information : balises et enjeux

Publication date:

2005

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

HAENECOUR, O & Lazaro, C 2005, La médiation à l'épreuve des nouvelles technologies: de la théorie à la pratique. Dans *Cabinet d'avocats et technologies de l'information : balises et enjeux*. Cahiers du CRID, Numéro 26, Académia Bruylant, Bruxelles, p. 397-439.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE 12. LA MÉDIATION À L'ÉPREUVE DES NOUVELLES TECHNOLOGIES : DE LA THÉORIE À LA PRATIQUE

Christophe LAZARO

Chercheur au Centre de recherches Informatique et Droit (CRID)

et

Olivier HAENECOUR

Avocat au Barreau de Mons

INTRODUCTION

Nous avons rencontré deux phénomènes de société qui tendent à s'imposer au point de devenir incontournables : les modes alternatifs de résolution des conflits et les technologies de l'information et de la communication.

La seule solution raisonnable face à deux tendances aussi pressantes étaient de les marier.

Et l'essentiel, pour l'avocat, face à cet avenir inéluctable, est de ne pas être spectateur de l'évolution, mais acteur de celle-ci.

L'essor des modes alternatifs de résolution de conflits peut s'expliquer par la formule saisissante de Antoine Garapon : « On attend tout du juge mais le juge ne peut pas tout »¹.

Il ne peut pas tout en raison du nombre de litiges à régler et de l'arriéré judiciaire, qui en est le corollaire. « L'actuelle situation d'asphyxie engendre donc un profond sentiment d'insatisfaction, tant chez les magistrats, dont l'office se trouve profondément affecté, que les auxiliaires de justice, les avocats en premier rang, qui sont par ailleurs confrontés par une mise en concurrence, y compris internationale, qu'ils ne connaissaient pas jusqu'à présent. Les marchands de droit font leur apparition »².

Il ne peut pas tout au niveau des limites dans lesquelles il doit exercer la fonction de juger et qui ne lui permettent pas de donner à un litige une solution non conforme au droit, même si celle-ci est équitable.

1. Antoine GARAPON, *Le gardien des promesses*, Éd. Odile JACOB, 1996.

2. Loïc CADIET, *Encyclopedia Universalis*, v° Institution de la Justice.

Aristote faisait déjà cette distinction : « L'équitable, tout en étant juste, n'est pas le juste selon la loi mais un correctif de la justice légale. La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général, et qu'il y a des cas d'espèces pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec certitude »³.

Face à ces problèmes, les modes alternatifs de résolution des conflits, la médiation en particulier, peuvent apporter une réponse adéquate. Le législateur en est conscient et une loi sur la procédure de médiation doit prochainement achever son parcours parlementaire au Sénat⁴, après avoir été votée le 24 juin 2004 à la Chambre⁵.

Ce texte a vocation à insérer dans le Code judiciaire une section spécialement consacrée à la médiation. Il vise à articuler la médiation avec les autres instruments du droit judiciaire, (notamment le titre exécutoire) et se fonde sur la volonté de rendre la médiation applicable à toutes les matières, et pas seulement les matières familiales comme c'est le cas actuellement.

Il n'a pas fallu attendre longtemps pour voir les technologies de l'information et de la communication utilisées à des fins commerciales. Et, bien entendu, des litiges sont nés avec cette nouvelle manière de commercer. Le cyber-juge n'existant pas (pas encore), ce sont les modes alternatifs de résolution de conflits qui furent naturellement prônés pour être utilisés en ligne.

Mais on aurait tort de croire que les modes alternatifs de résolution de conflits en ligne ne s'appliquent qu'aux litiges nés en ligne : si la possession d'un ordinateur et son utilisation en ligne ne sont pas encore à la portée culturelle ou financière de chacun dans notre société, les ordinateurs individuels et les connexions « haut débit » ont toutefois pratiquement totalement investi les entreprises, et largement investi le foyer des particuliers. La mise en ligne d'un service quel qu'il soit doit permettre un accès plus facile, plus aisé, plus rapide.

Pour améliorer le service aux citoyens, il convient donc d'adapter la résolution des litiges à la réalité des technologies de l'information et de la communication.

En ce qui concerne les modes judiciaires de résolution des conflits, le projet Phénix, mis en place par le Ministère de la Justice, s'y emploie.

3. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 15, cité par Paul RICOEUR, *Le juste*, Éd. Esprit, 1995, p. 7.

4. Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0327/008, p. 2135 (ci-après la proposition de loi).

5. Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *C.R.A.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, séance du 24 juin 2004 (PLEN), p. 21.

En ce qui concerne les modes alternatifs de résolution des conflits, nous livrons ci-dessous notre réflexion.

1. LES DIFFÉRENTS MODES ALTERNATIFS DE RESOLUTION DES LITIGES

1.1. *Considérations générales*

Apparue au siècle dernier aux États-Unis, la notion de « mode alternatif de résolution des litiges » ou « *Alternative Dispute Resolution* » (ADR) désigne un « processus de négociation qui, sous des appellations diverses, et souvent grâce à l'intervention d'un tiers neutre et indépendant – médiateur ou conciliateur – tend à recueillir l'adhésion des parties en litige à un accord ou à une transaction qui règle leurs différends »⁶. La plupart des modes alternatifs se caractérisent donc par l'intervention d'un tiers qui assiste les parties et les aide à trouver une solution⁷.

Les modes alternatifs de résolution des litiges font partie d'un phénomène assurément pluriel. Malgré la diversité de leur nature, il existe cependant une unicité qui fait que les éléments constitutifs qui doivent exister de façon cumulative sont presque toujours identiques, à savoir : le caractère tripartite, la nature consensuelle de la procédure, l'indépendance et l'impartialité du tiers et enfin l'existence d'un processus ou d'une méthode de travail. Outre, la médiation, la conciliation et l'arbitrage qui sont les plus connus, il existe toute une série de méthodes de résolution des litiges qui consistent soit en une variante, soit en une combinaison de ces trois modes⁸.

Mais quel sens accorder au mot « alternatif » ? Ce dernier doit être entendu le plus souvent par rapport au recours à la justice traditionnelle. Toutefois, les modes dits alternatifs ne sont pas, de

-
6. J. EL-HAKIM, « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats », *R.I.D.C.*, 1997, p. 347. À strictement parler cette définition n'englobe pas l'arbitrage qui revêt, comme nous le verrons, une nature très spécifique (voy. *infra*, p. 8).
 7. Il est, toutefois, des situations où la recherche de solutions peut être faite sans l'intervention d'un tiers.
 8. Voy. P. DE LOCHT, « Les modes de règlement extrajudiciaire des litiges », in *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique* (E. MONTERO sous la dir. de), Cahiers du CRID, n°19, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 331-332. On peut notamment relever parmi les variétés les plus courantes : la co-médiation, la *last offer mediation*, la med-arb, le *mini-trial*, la tierce décision obligatoire, etc. (voy. *infra*, p. 9).

manière générale, destinés à se substituer à un règlement judiciaire même si leur succès permet d'éviter le procès. Il s'agit plutôt de créer un autre type de relation entre les parties pour trouver une solution au conflit qui les oppose. Ces processus peuvent être dits « alternatifs » en ce qu'ils revêtent un caractère complémentaire aux voies judiciaires classiques.

Cette complémentarité se justifie par les nombreux avantages que ces processus présentent par rapport à la procédure judiciaire : la célérité, le coût, la souplesse des règles, la facilité d'accès, etc.

Les modes alternatifs de résolution des litiges sont devenus aujourd'hui un élément à part entière du système de régulation juridique. La régulation doit, plus que jamais – et pas uniquement pour certains gros conflits internationaux – tenir compte de ces nouveaux processus non seulement en Amérique du Nord où ceux-ci sont particulièrement développés ou encore dans les pays où ce type de processus appartient à la tradition mais aussi dans la plupart des pays européens.

Dans ce contexte, il nous semble dès lors opportun de dresser une typologie sommaire des différents modes alternatifs de résolution des litiges, et ce, dans le contexte de l'environnement numérique⁹. Offerts en ligne, ceux-ci sont généralement désignés sous l'acronyme « ODR », pour « *Online Dispute Resolution* ».

1.2. Typologie des modes alternatifs de résolution des litiges en ligne

1.2.1. La négociation en ligne

La négociation en ligne est le processus le plus informel de résolution en ligne des litiges. Ce processus se déroule uniquement entre les parties, sans intervention d'une tierce personne neutre. À ce titre, certains ne le considèrent d'ailleurs pas, à proprement parler, comme un mode alternatif de résolution des conflits¹⁰. Toutefois, il n'en reste

9. Voy. le *draft* de Th. SCHULTZ, « Online Dispute Resolution : an overview and selected issues », Université de Genève, United Nations Economic Commission for Europe Forum on Online Dispute Resolution, Genève, 6 et 7 juin 2002, disponible en ligne à l'adresse http://www.online-adr.org/SCHULTZ_ODR_UNECE_DRAFT_site.pdf.

10. Voy. le Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial présenté par la Commission, 19 avril 2002, p. 6, COM(2002) 196 final, <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/gpr/2002/com20020196fr01.pdf>. Celui-ci exclut de son champ d'application les systèmes de négociation automatisée au motif que « ces systèmes ne sont pas des procédures de résolution des conflits conduites par des tiers mais des

pas moins vrai que les outils offerts par les nouvelles technologies permettent, de la sorte, de régler un différend et constituent, à ce titre, un mode de résolution en ligne des litiges.

Les deux types, les plus usités, de négociation en ligne sont : la négociation assistée et la négociation automatisée.

La *négociation assistée* (aussi appelée « négociation facilitée ») permet aux parties de négocier à l'aide d'outils informatiques performants qui facilitent le processus. Les parties communiquent par e-mails, et ce, dans le cadre d'espaces confidentiels sur un site web sécurisé. Chaque partie se voit notifier des échéances pour répondre à la proposition qui lui est faite. La principale valeur ajoutée de ces services de négociation en ligne réside dans l'obligation pour le plaignant de remplir des formulaires-types qui lui permettent de définir précisément son problème et la solution qu'il souhaiterait y voir apporter¹¹. En cas d'échec, la négociation en ligne sera généralement la première étape d'un processus échelonné qui peut évoluer de la négociation vers la médiation en ligne, voire éventuellement vers l'arbitrage en ligne.

Le recours à ce type de mécanisme est très fréquent sur Internet ; pas moins de 20 prestataires fournissent un service de négociation assistée¹² et SquareTrade, qui détient le nombre record de résolution des litiges en ligne, a traité environ 225.000 litiges entre février 2000 et avril 2002.

La *négociation automatisée* est une variante de la négociation en ligne qui procède par offres chiffrées, successives et comparées¹³. Cette procédure encore appelée *blind-bidding* est divisée en *rounds* de négociation. Chaque partie fait une offre chiffrée qui lui paraît raisonnable sans que le montant ne soit divulgué à l'autre partie. Pour chaque *round* de négociation, l'ordinateur effectue une comparaison entre les deux offres. Si elles sont suffisamment proches l'une de l'autre, il calcule la moyenne entre les deux et le litige est réglé par une transaction extrajudiciaire à concurrence de cette somme moyenne. Si

instruments techniques destinés à faciliter la négociation directe entre les parties en conflit ».

11. Voy. le projet CCform qui se concentre sur l'étude de tels formulaires, auquel le CRID a participé (<http://www.complaintsplatform.com>).
12. À titre d'exemple, ce type de service est fourni par ECODIR ; Eurochambres (onlineconfidence.org) ; MARS (resolvemydispute.com) ; the National Arbitration Forum ; SmartSettle ; SquareTrade ; The Claim Room ; TRUSTe ; Web Assured ; Web Mediate.
13. Voy. J. HÖRNLE, « Online Dispute Resolution in Business to Consumer E-commerce Transactions », *The Journal of Information, Law and Technology (J.I.L.T.)*, 2002 (2), p. 5, <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/02-2/hornle.html> et Th. SCHULTZ, « Online dispute resolution (ODR) : résolution des litiges et ius numericum », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 48, 2002, pp. 153 et s.

les deux offres sont trop éloignées l'une de l'autre, les parties passent au prochain round.

Ce mécanisme jouit également d'un certain succès sur Internet ; une vingtaine de prestataires le proposent et certains d'entre eux traitent un nombre considérable de litiges¹⁴.

Dans tous les cas, à l'issue de la procédure de négociation, les parties disposent alors d'un document formalisé dont la force obligatoire est celle attachée aux contrats.

Enfin, on peut identifier une troisième catégorie de négociation, dite « sous contrôle »¹⁵. Dans ce cas, la négociation est soumise au contrôle d'un (organe) tiers, chargé de définir « les règles du jeu » qui présideront au déroulement de la procédure. Ce tiers intervient alors comme une sorte de « labellisateur » de la qualité de la négociation.

1.2.2. La médiation en ligne

Si le point commun de toutes les médiations est la recherche d'une solution négociée, la notion de « médiation » recouvre des réalités différentes selon les domaines auxquels elle s'applique. Le secteur privé ou public peut organiser en son sein une médiation entendue comme un mécanisme de traitement des plaintes des clients ou des administrés.

De manière générale, la médiation peut être définie comme « un processus dynamique, un mode consensuel par lequel un tiers neutre tente, au travers de l'organisation d'échange entre les parties volontaires, de permettre à celles-ci de confronter leurs points de vue, de rechercher avec son aide, une solution au conflit qui les oppose et d'en assumer ainsi la responsabilité »¹⁶.

La présence d'un médiateur est souvent bénéfique dans la mesure où elle amène les parties à quitter leur logique de conflit pour entrer dans une logique de recherche en commun d'une solution. Au-delà de la facilitation du dialogue entre les parties, le tiers peut également être amené à émettre des propositions concrètes de compromis permettant aux parties de vider leur conflit.

Le recours à la médiation se fonde sur la volonté des parties qui s'est exprimée soit avant la naissance du litige par l'insertion d'une clause

14. Les prestataires fournissant ce type de service sont, par exemple : BBBOnline ; Cybersettle ; Intersettle ; MARS (resolvemydispute.com) ; the National Arbitration Forum ; The Claim Room ; WebMediate et WeCanSettle.

15. Il s'agit plus, à vrai dire, d'une modalité que d'une véritable catégorie.

16. J. PROESMANS, « Le juge, l'avocat et la médiation », Colloque du 21 janvier 2000 organisé par l'Association des juristes namurois, p. 3.

dans le contrat, soit après la survenance du litige. *In fine* cependant, l'acceptation de la solution – qu'elle ait ou non été proposée par le médiateur – reste du ressort des parties et l'accord obtenu dans le cadre d'une médiation extrajudiciaire n'a, dans l'état actuel du droit, que la force obligatoire attachée aux contrats.

La proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation prévoit que l'accord peut être soumis à l'homologation du juge sur simple requête par les parties ou l'une d'elle. Le juge ne peut refuser l'homologation de l'accord que si celui-ci est contraire à l'ordre public¹⁷.

Dans le contexte de l'environnement numérique, la médiation est donc destinée à prendre la forme d'un « processus structuré à court terme par lequel les parties tentent de prévenir, de gérer ou de résoudre un litige grâce à l'intervention confidentielle d'un tiers indépendant et impartial qui sans disposer d'un pouvoir juridictionnel mais en utilisant des techniques de communication et des stratégies psychologiques élémentaires, tente d'amener les parties à un accord lequel se fonde soit sur les règles de droit soit sur l'équité résultant des échanges sur les intérêts des parties ou toute autre circonstance du litige »¹⁸.

Le nombre de prestataires fournissant un service de médiation en ligne est relativement élevé¹⁹.

La proposition de loi n'envisage pas la question de la médiation en ligne. À ce propos, soulignons d'ailleurs l'obligation imposée aux États membres, en vertu de l'article 17, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique²⁰, de lever les obstacles « à l'utilisation des mécanismes de

-
17. Voy. l'article 1 de la proposition de loi prévoyant l'insertion dans le Code judiciaire d'un article 1733 rédigé comme suit : « En cas d'accord, et si le médiateur répond aux conditions prévues à l'article 1726, §1^{er}, les parties ou l'une d'elles peuvent soumettre l'accord de médiation obtenu conformément aux articles 1731 et 1732 pour homologation au juge compétent. Il est procédé conformément aux articles 1025 et suivants. La requête peut cependant être signée par les parties elles-mêmes si celle-ci émane de toutes les parties à la médiation. Le protocole de médiation est joint à la requête. Le juge ne peut refuser l'homologation de l'accord que si celui-ci est contraire à l'ordre public. L'ordonnance d'homologation a les effets d'un jugement au sens de l'article 1043 » (voy. *infra*, p. 27).
 18. A. THILLY et J. VAN COMPERNOLLE, « Les modes de pacification extra-judiciaires, heurs et malheurs », cité par X., *Les règlements judiciaires et extrajudiciaires des conflits commerciaux*, Commission droit et vie des affaires, 46^e séminaire, 18 et 19 septembre 1997, Liège, Coll. Scientifique de la Faculté de droit, 1998, p. 60.
 19. Par exemple : BBBOnline ; the Camera Arbitrale di Milano ; CEDR ; The Claim Room ; Consensus Mediation ; ECODIR ; GWMK ; Internet Ombudsman ; MARS ; the National Arbitration Forum ; NovaForum ; Resolution Forum.org ; SmartSettle ; SquareTrade ; WebMediate.
 20. Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, n° L 178, 17 juillet 2000, p. 1 (voy. *infra*, p. 12).

règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés »²¹.

Dans ce contexte, certains problèmes de sécurité, de confidentialité et d'identification des parties par le médiateur doivent être rencontrés par l'utilisation de différents moyens techniques comme le recours à la signature électronique reposant sur un certificat qualifié ou le recours à une plate-forme informatique sécurisée²².

C'est bien entendu au moment de l'examen par le juge d'homologation de l'accord que le problème pourrait se poser : même si le contrôle du juge est limité, sur le fond, à la vérification de l'absence de contrariété à l'ordre public, il ne pourra manquer de s'interroger sur la question de la preuve de l'existence d'un accord après médiation conclu par voie électronique. À cet égard, un simple échange de courriers électroniques non signés (la dactylographie d'un nom au-dessous d'un message n'est pas une signature au sens de l'article 2 de la loi du 9 juillet 2001²³) est insuffisant²⁴.

1.2.3. La conciliation

« La conciliation et la médiation sont très similaires et les distinguer est malaisé. Toutes deux supposent l'intervention d'un tiers, neutre et indépendant, qui tente de rapprocher les parties, d'examiner des solutions possibles et d'aider les parties à aboutir à un accord qu'elles considèrent mutuellement comme acceptable »²⁵.

Malgré de regrettables errements de terminologie, il est généralement admis que la distinction essentielle est que dans la conciliation c'est le juge qui aide les parties à trouver une solution appropriée au conflit sans imposer lui-même, par voie d'autorité, la solution qui est celle qui résulterait de la pure application de la loi aux faits, alors que dans la

21. Voy. la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12960 et la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963, particulièrement l'article 16. Voy. E. MONTERO, M. DEMOULIN et Ch. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, pp. 81-95.

22. Voyez par exemple la plate-forme mise en place par le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, Aegisolutions, de la chambre de commerce et d'industrie de Paris, en partenariat notamment avec le Barreau de Paris (www.cmap.fr).

23. Loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.* 29/09/01.

24. Voy. D. MOUGENOT, *Répertoire notarial*, tiré à part, Droit des obligations, « La preuve », Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 169 et s.

25. P. DE LOCHT, *op. cit.*, p. 329, n° 618.

médiation c'est un tiers neutre qui, dans un processus strictement confidentiel, sans aucune contrainte envers les parties, est choisi pour les aider à trouver une solution appropriée à leur différend²⁶.

C'est donc essentiellement la qualité du tiers, juge ou non, qui fait la différence entre la conciliation et la médiation. Ceci n'est pas sans conséquence : alors qu'il apparaît difficilement imaginable que le juge conciliateur s'entretienne en aparté avec l'une et l'autre des parties ou se fasse produire certains documents non contradictoires, cette possibilité est souvent admise dans le cadre d'une médiation, pour autant que les parties aient marqué leur accord sur ce processus²⁷.

Notons encore que, dans la proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, celle-ci peut être judiciaire ou volontaire, selon qu'elle est ordonnée ou non par le juge.

À notre connaissance, le projet Phénix²⁸ qui trace le cadre dans lequel s'inscrira l'e-justice dans notre pays ne s'est malheureusement pas intéressé, à ce jour, à la mise en place d'un système de conciliation en ligne ce qui est regrettable, car il permettrait de rapprocher le juge du citoyen par un mode de règlement de litige facile d'accès, souple et gratuit.

1.2.4. L'arbitrage

D'une certaine manière, l'arbitrage est la forme la plus achevée des modes alternatifs de résolution des litiges. En effet, en raison de sa nature juridictionnelle, de l'autorité de chose jugée de sa sentence et de l'appui que doivent également donner les juridictions étatiques pour régler certains incidents ou pour rendre la sentence exécutoire²⁹, l'arbitrage est un mode de résolution des litiges qui s'apparente plus aux procédures juridictionnelles qu'aux modes alternatifs³⁰.

26. Ph. VAN LEYNSEELE, note d'observations de l'OBFG du 11 mars 2004 à la Ministre de la Justice : « Il est important de distinguer la conciliation de la médiation dans la mesure où les juges seront toujours perçus avant tout comme tel par les justiciables, c'est-à-dire comme les personnes investies du pouvoir de trancher les litiges. S'ils peuvent certes remplir une fonction pacificatrice en intervenant comme conciliateur plutôt que comme décideur, il ne faut pas qu'ils soient confondus avec les médiateurs, tiers neutres qui ne sont revêtus d'aucun pouvoir ».

27. Voy. l'article 4, alinéa 3, du Règlement du 20 janvier 2003 sur la déontologie de l'avocat en matière de médiation.

28. <http://www.juridat.be/phenix>.

29. J. LINSMEAU, « L'arbitrage sectoriel et les principes généraux du droit », cité dans X., *Les modes non judiciaires de règlement des conflits*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 39.

30. À cet égard, il est significatif de constater que l'arbitrage est explicitement du champ du Livre vert.

L'arbitrage fait, il est vrai, l'objet d'une réglementation bien établie, tant au niveau national³¹ qu'international³². Cette circonstance implique que sa mise en œuvre dans l'environnement numérique soulève plusieurs difficultés d'ordre juridique³³. Ces difficultés sont susceptibles de se manifester à plusieurs niveaux du processus de résolution : d'abord, au niveau de la clause d'arbitrage, ensuite au niveau de la procédure elle-même, enfin au niveau de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale.

En ce qui concerne la clause d'arbitrage, les difficultés se déclinent essentiellement en termes de formalisme et de validité. En effet, l'arbitrage est une procédure plus rigide que les autres ADR à l'issue de laquelle l'arbitre, à l'instar du juge, tranche le litige en formulant une sentence qui a pour originalité de « remplacer » la décision de justice.

En ce qui concerne la procédure et l'exécution de la sentence qui en est l'issue, le formalisme imposé par les différents textes légaux n'est pas sans poser des difficultés au regard de son adéquation à l'environnement numérique³⁴. En effet, parmi l'ensemble des manifestations de ce formalisme, on constate que les exigences ont trait à des questions d'écrit, de signature et d'authentification, de notification et de dépôt, d'archivage, etc.

1.2.5. Autres ODR ou combinaisons de plusieurs modes

Outre les modes précités, on peut également relever d'autres modes de règlement amiable en ligne tels :

- l'avis technique ou recommandation : dans ce cas, les parties sollicitent soit l'avis d'un expert sur un conflit technico-financier, soit sollicitent d'un juriste indépendant qu'il indique la manière dont une juridiction envisagerait vraisemblablement de trancher le conflit, soit une recommandation en ligne par

31. Voy., par exemple, les articles 1676 et suivants du Code judiciaire.

32. Voy. La Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, <http://www.uncitral.org/fr-index.htm> ou encore, dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention européenne de 1966 portant loi uniforme en matière d'arbitrage, http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Cadre_principal.htm. Voy. E. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, Litec. Juris-Classeur, 2002.

33. Th. SCHULTZ, « Online Arbitration: binding or nor binding? », *ADROnline monthly*, novembre 2002, pp. 6 et s., disponible en ligne à l'adresse <http://www.ombuds.org/center/adr2002-11-schultz.html>.

34. V. TILMAN, « Arbitrage et nouvelles technologies : Alternative Cyberdispute Resolution », *Rev. Ubiquité*, 1999, n° 2, pp. 47-64.

laquelle un tiers aviseur recommande une solution la plus favorable aux intérêts respectifs des parties³⁵ ;

- des variantes de la médiation : co-médiation (fait intervenir deux médiateurs aux compétences complémentaires), *last-offer* médiation (procédé par lequel chacune des parties présente à un tiers une proposition, le tiers devant obligatoirement choisir l'une d'elles³⁶).

Il faut également noter que les parties peuvent convenir dès le départ d'un recours à plusieurs modes successifs de résolution du conflit (processus échelonné), soit qu'elles le prévoient volontairement dans leur convention, soit qu'un tel système soit prévu par la plate-forme à laquelle elles décident de recourir.

Il serait ainsi parfaitement concevable d'avoir un système qui propose d'abord une tentative de règlement du conflit par la négociation directe entre les parties, à défaut de réussite, une procédure de médiation, et à défaut de réussite une recommandation.

Il faut aussi mentionner le « med-arb ».

C'est un procédé par lequel les parties stipulent dans leurs conventions de médiation qu'à défaut d'accord des parties à l'issue de celle-ci, le conflit sera tranché par une sentence arbitrale.

Compte tenu du caractère confidentiel des informations échangées entre les parties durant la médiation, il paraît difficile que ce soit le médiateur qui endosse ensuite le rôle d'arbitre. Ce rôle serait d'ailleurs fort malaisé puisque, outre le problème de la confidentialité des débats, le médiateur pourrait être tenté de favoriser une solution dictée par l'équité et qui ne serait pas conforme aux règles de droit qu'il doit appliquer dans le cadre de la procédure arbitrale.

L'avantage de cette option est que les parties sont sûres d'aboutir, à l'issue du processus, à une solution de leur litige, soit amiable, soit décidée par le tiers arbitre. L'inconvénient peut se situer dans les coûts supplémentaires, surtout si le processus de médiation a connu certains développements et que, par exemple, il a fallu recourir à une mesure d'expertise sur un problème technique divisant les parties.

C'est ainsi que dans le cadre de la discussion sur la proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, la

35. Voy. notamment sur le site du centre de médiation et d'arbitrage (www.cmap.fr).

36. P. DE LOCHT, *op. cit.*, p. 331, n^{os} 621-622.

Ministre de la Justice a insisté pour que de telles mesures d'instruction puissent être réutilisées³⁷.

Si une telle position est compréhensible, elle ne va pas nécessairement de soi. En effet, il n'est pas évident que les pièces ou éléments que les parties avanceraient à l'occasion d'une expertise requise dans le cadre d'un processus de médiation, par nature confidentiel, puissent être officiellement utilisées ultérieurement dans le cadre de la procédure d'arbitrage.

Il conviendrait donc, à tout le moins, que ce genre de modalités soit clairement précisée au moment où les parties recourent à la médiation. À défaut, il appartiendra au médiateur d'obtenir des parties non seulement qu'elles s'accordent sur le principe même de l'expertise, mais également qu'elles se prononcent sur le caractère confidentiel ou non de cette dernière³⁸.

2. LE CADRE NORMATIF EUROPÉEN

Au sein des institutions européennes, on peut constater que les modes alternatifs de résolution des litiges font l'objet depuis peu d'un regain d'intérêt, et ce principalement pour deux raisons : d'une part, une prise de conscience croissante de l'intérêt que présentent les ADR en tant que moyen améliorant l'accès à la justice, d'autre part, une priorité politique en particulier dans le contexte du commerce électronique.

À cet égard, deux observations peuvent être formulées.

D'une part, il est pour le moins étonnant de constater que la plupart des textes européens ne traitent généralement pas comme tel de l'application des modes alternatifs de résolution des litiges dans l'environnement numérique, alors qu'une littérature de plus en plus abondante existe à ce sujet et que diverses organisations d'obédience privée formulent des recommandations en la matière³⁹.

37. Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice (par A. COURTOIS et L. VAN DER AUWERA), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0327/007, p. 2134, rapport p. 10.

38. Et ce, compte tenu des conséquences pécuniaires qui pourraient en découler en cas d'absence d'accord à l'issue du processus de médiation.

39. Voy. notamment le document « Alternative Dispute Resolution Guidelines », cristallisant l'accord conclu en novembre 2003 entre l'organisation de protection des consommateurs, Consumers International, et le Global Business Dialogue on Electronic Commerce (GBDe), disponible en ligne à l'adresse <http://www.gbde.org/adragreement03.pdf>, ou encore le document de l'International Chamber of Commerce (ICC), « Resolving disputes online – Best practices for Online Dispute Resolution (ODR) » in B2C and C2C transactions,

D'autre part, on peut remarquer que les travaux les plus significatifs concernant les ADR, déjà engagés au niveau de l'Union européenne, sur lesquels il convient de s'appuyer portent en grande partie sur le droit de la consommation. En effet, d'importantes initiatives ont été prises depuis plusieurs années dans le domaine des conflits de consommation, qu'ils soient domestiques ou transfrontaliers, liés ou non à l'Internet, dans le cadre d'un programme visant à assurer un meilleur accès des consommateurs à la justice^{40 41}.

2.1. *Les instruments normatifs*

2.1.1. Les recommandations européennes

Dans le cadre de ce programme, la Commission a adopté deux recommandations établissant des principes applicables aux procédures extrajudiciaires pour le règlement des litiges en matière de consommation⁴².

La première recommandation, adoptée le 30 mars 1998⁴³, porte sur les procédures qui, indépendamment de leur dénomination, mènent à un règlement du litige par l'intervention active d'un tiers qui prend formellement position sur une solution. Cette première

Novembre 2003, disponible en ligne à l'adresse http://www.iccwbo.org/home/e_business/word_documents/DISPUTES-rev.pdf).

40. Voy., en particulier, le Livre vert de la Commission du 16 novembre 1993 sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché unique, COM(93) 576 final ; la communication de la Commission du 14 février 1996 concernant un plan d'action sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché intérieur, COM(96) 13 final ; la communication de la Commission du 30 mars 1998 sur la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation, COM(1998) 198 final et la communication de la Commission du 4 avril 2000 relative à l'élargissement de l'accès des consommateurs aux autres systèmes de résolution des litiges, COM(2001) 161 final.
41. Voy. les articles 10 et 11 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE (directive sur les pratiques commerciales déloyales), 18 juin 2003, COM (2003) 356 final. Ces dispositions réclament la mise sur pied de procédures de recours avant toute saisine d'une institution tant judiciaire qu'administrative. Elles prévoient en outre que ce recours préalable à de tels moyens soit l'objet de règles incluses dans des codes de conduite.
42. Ces recommandations, accompagnées chacune par une communication de la Commission, ont été complétées par la publication d'un formulaire européen de réclamation pour le consommateur. Voy. http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/index_en.html.
43. Voy. *J.O.C.E.*, n° L 115, 17 avril 1998, p. 31. Voy. également la communication de 1998 sur la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation, COM(1998) 198 final.

recommandation, qui contient sept principes minimaux⁴⁴ concernant la création et le fonctionnement des ADR, ne semble pas porter sur les procédures souvent désignées sous le nom de « médiation ». Dans le contexte de sa promulgation, les États membres ont été amenés à faire l'inventaire des organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation qu'ils considèrent conformes à la recommandation de la Commission. Ces listes nationales ont été communiquées à la Commission qui en assure la publication⁴⁵.

La seconde recommandation, adoptée le 4 avril 2001⁴⁶, porte sur les procédures qui se limitent à une simple tentative de rapprocher les parties pour les convaincre de trouver une solution d'un commun accord ; il se peut néanmoins que le tiers soit amené à proposer de façon informelle une solution⁴⁷.

Soulignons que la détermination des champs d'application matériels respectifs des deux recommandations est pour le moins ambiguë et peut, pour cette raison, soulever certaines difficultés d'interprétation.

En définitive, il semble que ce soit la nature active ou non du rôle du tiers qui détermine l'application de l'un ou l'autre des deux textes. Si le rôle du tiers est actif – consistant à proposer ou imposer une solution –, la recommandation 98/257/CE s'appliquera. Par contre, si ce rôle est passif – consistant à rapprocher les parties et à les convaincre de trouver une solution de commun accord –, il conviendra de prendre en compte les dispositions de la recommandation 2001/310/CE.

En pratique, la détermination de la nature du rôle du tiers intervenant n'est cependant pas toujours évidente. En effet, la distinction entre « proposer une solution » (intervention régie par la recommandation 98/257/CE) et « proposer de manière informelle des possibilités de règlement » (intervention soumise à la recommandation 2001/310/CE) est loin d'être claire, particulièrement dans le contexte de procédures comme la médiation, telles celles proposées par la plupart des initiatives d'ADR en ligne.

44. La recommandation 98/257/CE consacre 7 principes : indépendance, transparence, contradictoire, efficacité, légalité, liberté et représentation.

45. La liste des organes notifiés peut être consultée en ligne à l'adresse http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just04_fr.html.

46. *J.O.C.E.*, n° L 109, 19 avril 2001, p. 56. Voy. également la communication de la Commission relative à l'élargissement de l'accès des consommateurs aux autres systèmes de résolution des litiges du 4 avril 2001, COM(2001) 161 final.

47. La recommandation 2001/310/CE consacre quatre principes : impartialité, transparence, efficacité et équité.

2.1.2. L'article 17 de la directive sur le commerce électronique

Les modes alternatifs de résolution des litiges ont également fait l'objet des débats législatifs européens ayant trait au commerce électronique. À cet égard, il convient de se référer à la directive sur le commerce électronique qui consacre un article spécifique à cette matière⁴⁸.

L'objectif de l'article 17 de la directive est avant tout de permettre une utilisation effective des mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges, en particulier par voie électronique (§ 1^{er})⁴⁹. À cet effet, il incombe à chaque État membre, le cas échéant, de modifier toute législation susceptible de gêner l'utilisation de mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges par les voies électroniques, le résultat de cette modification devant être de rendre juridiquement possible le fonctionnement de tels mécanismes, y compris dans des situations y transfrontalières⁵⁰.

La directive impose ainsi aux États membres une obligation de résultat consistant à procéder à un examen de leur législation et, le cas échéant, à une adaptation de cette dernière. En pratique, il s'agit de surmonter certains obstacles comme l'identification des parties en litige, l'adhésion de celles-ci au processus d'ODR, la transmission des informations et des pièces relatives au litige, ou encore la conclusion (et la signature) de l'accord conclu à l'issue du processus de résolution, autant de questions qui comme telles ne se posent pas à l'occasion du « face-à-face » propre aux processus traditionnels.

En outre, dans un souci de bonne administration de la justice, l'article 17, § 2, de la directive insiste sur la nécessité pour « les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges en matière de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées »⁵¹.

48. Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, n° L 178, 17 juillet 2000, p. 1.

49. Voy. l'article 17, § 1^{er} : « les États membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés ».

50. Voy. le considérant n° 51 de la directive.

51. L'article 17 encourage enfin (§ 3) les prestataires d'ADR à organiser un certain retour d'informations vers la Commission.

2.1.3. L'avant-projet de directive sur certains aspects de la médiation civile et commerciale

Enfin, plus récemment encore, en mars de cette année, la Commission européenne a publié un avant-projet de directive sur certains aspects de la médiation civile et commerciale⁵².

En réalité, comme le suggère son intitulé, seuls *certaines aspects de la médiation* sont abordés par ce texte. Le législateur européen souhaite par là mettre en œuvre une harmonisation minimale, se limitant aux aspects, sans doute les plus délicats, de ce mode alternatif de résolution des litiges, sans réglementer en profondeur une matière où les exigences de flexibilité et de souplesse semblent contrarier toute forme d'interventionnisme juridique.

Ainsi, outre les dispositions consacrées à la détermination du champ d'application (art. 1) et aux définitions (art. 2), l'avant-projet formule d'abord un double principe (art. 3), véritable clef de voûte du dispositif réglementaire :

- eu égard à toutes les circonstances de l'espèce et si cela s'avère approprié, un tribunal peut inviter les parties à recourir à la médiation afin de résoudre le litige. En tout état de cause, le tribunal a le droit d'exiger des parties qu'elles suivent une session d'information sur le recours à la médiation ;
- une législation nationale peut obliger ou inciter les parties à recourir à la médiation, sous réserve du droit de toute partie d'accéder au système judiciaire, en particulier lorsque l'une d'entre elles a son domicile dans un autre État que celui du tribunal compétent.

Enfin, l'avant-projet a pour ambition de réglementer certains aspects souvent considérés comme problématiques mais pourtant essentiels de cette matière, tels que la qualité du processus de médiation (art. 4) – notamment les problèmes relatifs à la compétence et à la formation des tiers neutres⁵³ –, l'exécution de l'accord de médiation (art. 5)⁵⁴, la confidentialité (art. 6), ou encore la suspension des délais de prescription (art. 7)⁵⁵.

52. Voy. Preliminary draft proposal for a directive on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, disponible en ligne à l'adresse :http://europ.eu.int/comm./justice_home/ejn/news_adr_draft_proposal_en.pdf. À ce jour, ce texte est seulement disponible en version anglaise.

53. Voy. *infra*, p. 18.

54. Voy. *infra*, p. 27.

55. Voy. *infra*, p. 24.

2.2. Les autres initiatives

2.2.1. Le réseau extrajudiciaire européen (EEJ-Net)

Dans la sphère des litiges de consommation, la Commission européenne est à l'origine de la création, en octobre 2001, d'un réseau européen d'instances nationales dont l'objectif commun est de faciliter l'accès des consommateurs à des procédures extrajudiciaires pour la résolution de litiges transfrontaliers, dans le cas où le professionnel est établi dans un État membre autre que celui de leur résidence⁵⁶.

Ce réseau extrajudiciaire européen, appelé « EEJ-Net »⁵⁷, est une structure d'assistance et d'information des consommateurs, composée de points de contact nationaux (« chambres de compensation » ou « *clearing houses* »), établis dans chaque État membre⁵⁸, ainsi qu'en Norvège et en Islande⁵⁹. Chacun des points de contact sert de relais d'information vers les 400 organes dont les États membres ont considéré qu'ils répondent aux exigences des deux recommandations de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire de litiges de consommation⁶⁰.

2.2.2. Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits

Il est également important de se référer au Livre vert présenté par la Commission européenne en avril 2002, destiné à sensibiliser le plus grand nombre aux mécanismes d'ADR et à assurer une meilleure

56. Voy. la résolution du Conseil du 25 mai 2000 relative à un réseau au niveau communautaire d'organes nationaux chargés du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *J.O.C.E.*, n° C 155, 6 juin 2000.

57. Voy. <http://eejnet.org> ou http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/in-dex_en.html.

58. Le *clearing house* belge est le Centre Européen des Consommateurs (www.cec-ecc.be).

59. EEJ-Net est complété par le réseau « FIN-Net » pour la résolution extrajudiciaire de litiges dans le secteur des services financiers, <http://finnet.jrc.it/en/> ou http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/consumer/adr.htm.

60. En juin 2003, s'est tenue à Bruxelles une conférence destinée à évaluer et à améliorer la mise en œuvre et l'efficacité de ce réseau : Conférence EEJ-Net « Aider les consommateurs à résoudre les litiges transfrontaliers : Évaluation du Réseau Extrajudiciaire Européen et futures perspectives pour l'amélioration de l'aide au consommateur européen », Bruxelles, 10-11 juin 2003, http://europa.eu.int/comm/consumers/redress/out_of_court/eej_net/acce_just08_en.htm.

lisibilité aux réalisations et initiatives prises dans ce domaine au niveau national et communautaire⁶¹.

Ce document appréhende toutes les formes d'ADR, à l'exclusion de l'arbitrage proprement dit. Il vise, en outre, à lancer une large consultation des milieux intéressés sur un certain nombre de questions d'ordre juridiques relatives aux modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial⁶².

La Commission européenne a reçu à ce jour plus de 160 réponses en réaction aux questions formulées dans le Livre vert⁶³. Il est apparu que de nombreux points faisaient encore l'objet de vives controverses, et ce, probablement en raison de la très grande diversité qui caractérise les approches des différents États membres à l'égard des règlements alternatifs des litiges.

2.2.3. Autres projets

En matière de commerce électronique, les modes alternatifs de résolution des litiges liés aux conflits de consommation font l'objet d'une attention particulière, notamment dans le cadre du « plan d'action *eEurope 2002* ».

Dans ce contexte, la Commission a mis sur pied un forum de discussion et d'échange d'informations sur le thème de la confiance des consommateurs sur Internet, baptisé « *eConfidence forum* »⁶⁴. Dans ce même cadre, la Commission a encouragé la promotion par les milieux intéressés eux-mêmes, représentant les professionnels et les consommateurs, de normes élevées de bonne pratique commerciale⁶⁵.

61. Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial présenté par la Commission, 19 avril 2002, p. 6, COM(2002) 196 final, <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/gpr/2002/com20020196fr01.pdf>.

62. Les 21 questions posées dans le Livre vert portent sur les éléments déterminants des différents modes alternatifs de résolution des conflits, tels la question des clauses de recours à ces processus, le problème des délais de prescription, l'exigence de confidentialité, la validité des consentements, l'efficacité des accords issus de ces processus, la formation des tiers, leur accréditation, leur régime de responsabilité, etc.

63. Voy. le résumé des réponses au Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, 31 janvier 2003, http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr_ec_fr.pdf.

64. <http://econfidence.jrc.it>. Sur ce site, en guise d'introduction, on peut lire : « The European Commission has presented eConfidence as a common package of measures, which include as its main components the promotion of high standards of good business practices (e.g. codes of conduct, trustmarks, complaint settlement procedures), as well as easy and affordable access to third-party alternative dispute resolution (ADR) systems, in particular for settling disputes arising from the expected increase in cross-border transactions over the Internet ».

65. Le Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) et l'Union des Confédérations de l'Industrie et des Employeurs d'Europe (UNICE) ont présenté le 22 octobre 2001 une

On retiendra également que la Commission européenne apporte son soutien à diverses initiatives concernant la confiance dans l'environnement numérique. En matière d'ODR, il convient de se référer au projet ECODIR – pour *Electronic Consumer Dispute Resolution* – qui a pour objet la résolution en ligne des litiges relatifs à une transaction sur Internet entre un consommateur et un commerçant, *via* une plate-forme sécurisée⁶⁶.

Soulignons également le projet d'envergure initié par la Commission européenne, appelé « Ccform » pour Consumer Complaint Form for Online Resolution Mechanism. CCform est un système de formulaire de réclamation, mis à la disposition des professionnels et des consommateurs, dans le but de tenter de résoudre toutes sortes de problèmes qui trouvent leur origine dans les relations entre ces deux parties. Il s'agit avant tout d'un outil technique susceptible d'être intégré dans le service d'aide à la clientèle de chaque entreprise adhérant au système et destiné à faciliter la communication et la gestion des plaintes en cas de différend entre l'entreprise et sa clientèle (via une plate-forme centralisée accessible en ligne)⁶⁷.

3. ORGANISATION D'UNE PLATE-FORME D'ODR

Dans ce chapitre, nous aborderons quelques questions relatives à l'organisation d'une plate-forme de résolution en ligne des litiges. A cette occasion, plusieurs aspects du processus de résolution, dans son sens le plus large, seront examinés, tels que le statut « administratif » de la plate-forme, la compétence des médiateurs, les problèmes de formulation et de gestion des plaintes ou encore les garanties en matière de transparence et d'efficacité.

proposition pour un système européen d'accréditation de labels de confiance dans le commerce électronique, <http://www.beuc.org> et <http://www.unice.org>.

66. Voy. A. CRUQUENAIRE et F. DE PATOUL, « Le développement des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation : Quelques réflexions inspirées par l'expérience ECODIR », *Lex Electronica*, vol. 8, n° 1, automne 2002, p. 5, n°s 40-41, disponible en ligne à l'adresse <http://www.lex-electronica.org/articles/v8-1/cruquenaire-patoul.htm>.

67. Pour plus d'informations, voy. <http://www.complaintsplatform.com>.

3.1. Le statut de la plate-forme d'ODR

3.1.1. Rôle de l'État

Il convient d'emblée de souligner à quel point la question du statut de la plate-forme d'ODR est assurément primordiale tant elle mêle inextricablement des considérations d'ordre politique, juridique et économique. À ce titre, tout questionnement sur la nature de cette plate-forme oblige à s'interroger sur le rôle de l'État dans ce domaine⁶⁸.

Le rôle de l'État dans l'organisation et le fonctionnement des modes alternatifs de résolution des litiges peut varier : il peut aller de la simple incitation à l'imposition par voie de législation, en passant par la détermination de critères de compétence et de probité du tiers neutre.

Dans certains pays européens, un rôle institutionnel a cependant été conféré aux modes alternatifs, notamment en matière de litige concernant des consommateurs. Généralement, il s'agit par là de reconnaître au système d'ADR un rôle de « première ligne ». Cela signifie qu'une action en justice ne peut être ouverte qu'après « épuisement » des voies de recours alternatives⁶⁹. En pratique, l'implication de l'État en matière d'ADR dépend des affinités culturelles à l'égard de ces mécanismes alternatifs de résolution des litiges.

De manière générale, il semble opportun que l'État s'investisse d'une double mission. D'une part, il devrait encourager et faciliter le développement en ligne des mécanismes alternatifs de résolution des litiges (ODR)⁷⁰. Il s'agit ici de familiariser le public à une pratique, qui contrairement aux pays anglo-saxons ou scandinaves, n'est pas encore réellement entrée dans les mœurs⁷¹.

D'autre part, l'État devrait se porter garant de la qualité des modes alternatifs de résolution des litiges offerts aux citoyens résidant sur son territoire. En effet, dès lors que l'on veut faire de ces mécanismes

68. Th. SCHULTZ, « An Essay on the Role of Government for ODR. Theoretical considerations about the future of ODR », University of Geneva, *ADROnline Monthly*, août 2003, disponible en ligne à l'adresse <http://www.onbuds.org/center/adr2003-8-Schultz.doc>.

69. Y. DESDEVISES, « Les recherches sur les MARL : aspects juridiques », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, (P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES et Ph. LEBRUN sous la dir. de), Perspectives sur la Justice, Documentation française, p. 59.

70. Voy. l'article 17 de la directive sur le commerce électronique (voy. *supra*, p. 12).

71. J. MELAMED, *Integrating The Internet Into Your Mediation Practice*, disponible en ligne à l'adresse <http://www.mediate.com/articles/melamed8.cfm>.

une alternative crédible au système judiciaire, ce dernier ne devrait pas rester « en dehors du jeu » de la régulation⁷². Cette exigence se trouve notamment consacrée dans le très récent avant-projet de directive sur certains aspects de la médiation civile et commerciale, à l'article 4, intitulé « *ensuring the quality of mediation* »⁷³.

3.1.2. Structure organisationnelle

Du choix de la structure organisationnelle et financière de la plate-forme d'ODR va dépendre le degré de neutralité et donc de qualité du processus de résolution lui-même. Ainsi, pour assurer l'impartialité des actions sensibles – comme la gestion de la procédure, la nomination des évaluateurs, la mise en œuvre de l'accord, etc. –, la plate-forme d'ODR doit s'entourer d'un certain nombre de garanties en termes de structure administrative et économique.

À cet égard, plusieurs modèles organisationnels sont envisageables : un modèle de « service public » où la plate-forme d'ODR est placée directement sous le giron de l'État ; un modèle d'accréditation où l'État agit en tant que garant de la qualité de l'ODR en fixant un certain nombre de conditions relatives aux prestations de ce type et en les surveillant par le biais de l'accréditation ; un modèle volontaire de pure labellisation consistant à délivrer un sceau ou un certificat après évaluation, etc.

En cette matière, la question du financement de la plate-forme est assurément cruciale⁷⁴. Il s'agit notamment, de développer un *business model* idoine pour assurer une indépendance maximale afin notamment d'éviter que la personne responsable de la procédure ne soit soumise, dans l'exercice de ses fonctions, à des pressions directes ou indirectes qui pourraient influencer sa mission.

De même, la mise sur pied d'un comité de contrôle ou de surveillance au sein de la plate-forme, représentant de manière équilibrée les différentes parties intéressées, pourrait également constituer une garantie dans ce domaine.

72. Voy. Ch. LAZARO, « Synthèse », in *La Gouvernance de la société de l'information: Loi – Autoréglementation – Éthique* (J. BERLEUR, Ch. LAZARO et R. QUECK sous la dir. de), Actes du séminaire organisé à Namur, les 15 et 16 juin 2001, Bruxelles, PUN/Bruylant, 2002, pp. 178 et s.

73. Précité, note 53. Voy. l'article, 4, § 1^{er} : « Member States shall promote effective quality control mechanisms concerning the provision of mediation services ».

74. Il est d'usage, à cet égard, de distinguer trois sources : celles-ci pouvant se caractériser par une contribution bilatérale, unilatérale ou encore externe. Voy. M. CONLEY TYLER & D. BRETHERTON, « Research into Online Alternative Dispute Resolution », Exploration Report prepared for the Department of Justice, Victoria, University of Melbourne, 21 mars 2003, pp. 25-26, disponible en ligne à l'adresse <http://www.justice.vic.gov.au>.

En définitive, la solution la plus adéquate reste celle d'un financement entièrement ou partiellement public⁷⁵, ce modèle offrant incontestablement les meilleures garanties en termes d'indépendance et d'impartialité.

3.2. Les médiateurs

3.2.1. La compétence et la formation des médiateurs

Le choix du médiateur est une mesure capitale car il conditionne le succès de toute la médiation. Celui-ci dépend des qualités du médiateur et de la manière dont il accomplit sa mission. Le médiateur doit, en principe, être compétent dans la matière qui fait l'objet du litige ou avoir une expérience suffisante en matière judiciaire ou arbitrale pour assister utilement les parties et proposer une solution utile⁷⁶.

La maîtrise des techniques d'ADR exige donc une compétence et une formation conséquentes. Ces deux éléments jouent en effet un rôle de premier plan, et ce non seulement du point de vue du fonctionnement des ADR mais aussi de leur qualité, et donc de la protection des usagers des ADR. La Commission européenne n'est pas restée insensible à cette problématique comme en témoigne son très récent avant-projet de directive relative à certains aspects de la médiation civile et commerciale⁷⁷. Dans sa mouture actuelle, ce texte contient une disposition relative à la qualité de la médiation, et plus spécifiquement à la compétence des médiateurs⁷⁸.

En cette matière, on peut observer de manière générale que, dans le cadre de la pratique judiciaire, les tiers chargés des ADR doivent toujours justifier de compétences, d'une formation ou d'une expérience minimale, appréciées au cas par cas par les juges ou

75. Voy. aussi la possibilité d'un modèle dont le financement est assuré via un fonds alimenté par les professionnels ou les consommateurs, géré par un organisme tiers. Dans pareil cas, le risque d'une quelconque pression de nature individuelle disparaîtrait.

76. Par « compétence », il y a lieu d'entendre l'acquisition d'aptitudes, de connaissances et d'autres attributs, nécessaires pour assister les parties dans la résolution de leur litige. À cet égard, nous ne pensons pas qu'une formation spécifiquement juridique devrait être impérativement requise dans le chef des médiateurs. En effet, une telle formation ne permet pas nécessairement de prédire l'aptitude et la compétence d'une personne comme médiateur. Cependant, il est inutile de dire que de nombreux médiateurs compétents se trouvent avoir aussi une formation juridique et que de nombreux autres n'en ont aucune.

77. Précité, note 52.

78. Voy. l'article 4, § 2 : « Member States shall promote and support *training of third parties* in order to allow parties in dispute to choose third party who will be able to effectively conduct a mediation in the manner expected by the parties ».

reconnues sous forme d'accréditation. En revanche, aucune condition semblable n'est posée pour les tiers responsables des ADR conventionnels.

À cet égard, il est utile de s'attarder quelque peu sur le régime prévu par la proposition de loi en matière de médiation⁷⁹. Une des caractéristiques principales de cette proposition est qu'elle établit une distinction fondamentale entre médiation volontaire et médiation judiciaire, lesquelles sont soumises à des règles spécifiques, notamment en ce qui concerne le statut des médiateurs.

Ainsi, il est significatif d'observer que seule la désignation d'un médiateur dans le cadre d'une procédure judiciaire est soumise au respect d'une série de conditions⁸⁰.

Plus particulièrement, pour pouvoir être désignés dans pareille procédure, les médiateurs doivent d'abord être agréés. À cet effet, la proposition de loi vise à instituer une « commission fédérale de médiation », à laquelle, parmi d'autres fonctions, est reconnue une compétence d'agrément⁸¹. Les médiateurs ainsi agréés doivent ensuite répondre à diverses conditions, comme posséder la qualification requise eu égard à la nature du différend, justifier d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation, présenter des garanties en termes d'indépendance et d'impartialité, ou encore ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation (inscrite au casier judiciaire) ou d'une sanction disciplinaire, incompatible avec l'exercice de cette fonction⁸². Enfin, il est imposé aux médiateurs agréés qu'ils se soumettent à une formation continue dont le programme a été agréé par ladite commission.

Le régime tel qu'il est proposé ne semble donc pas déroger à la tradition normative en cette matière, puisqu'il ne règle pas le statut des médiateurs agissant dans le cadre extrajudiciaire.

Toutefois, les tiers, qu'ils appartiennent ou non à une profession réglementée, sont parfois regroupés au sein d'associations. Ces mêmes

79. Précitée, note 4.

80. À titre préalable, le texte rappelle que seule peut être médiateur la personne « qui a la capacité de contracter, à l'exception des mineurs, même émancipés, et des personnes pourvues d'un conseil judiciaire ».

81. Voy. l'article 11 de la proposition de loi prévoyant l'insertion dans le Code judiciaire d'un article 1727. Parmi les autres fonctions de cette commission, on peut citer : agréer les organes de formation des médiateurs et les formations qu'ils organisent, déterminer les critères d'agrément des médiateurs par type de médiation, fixer la procédure d'agrément et de retrait du titre de médiateur, dresser et diffuser la liste des médiateurs auprès des cours et tribunaux, établir un code de bonne conduite et déterminer les sanctions qui en découlent.

82. Voy. l'article 10 de la proposition de loi prévoyant l'insertion dans le Code judiciaire d'un article 1726.

associations encouragent leurs membres à suivre une formation ou sont parfois amenées à dispenser elles-mêmes une formation aux ADR, et mettent en place, en accompagnement de la formation qu'elles dispensent, un système de certification, d'accréditation et d'évaluation périodique de leurs membres⁸³. Ces associations sont par ailleurs à l'origine du développement de codes de déontologie et de règlement de procédures⁸⁴.

Il va sans dire que ce type d'initiatives est précieux car il permet de conférer une certaine légitimité et crédibilité aux processus de médiation à caractère volontaire, et plus particulièrement, aux médiateurs qui interviennent dans ce cadre.

Cela dit, en vertu du cadre législatif proposé, on peut imaginer que certaines de ces associations sollicitent l'agrément de la commission fédérale de médiation pour faire reconnaître les programmes de formation qu'elles organisent ou encore qu'elles encouragent leurs médiateurs à se faire agréer auprès de ladite commission.

3.2.2. Le recours à des collèges de médiateurs

Dans la perspective de la création d'une plate-forme d'ODR, il convient de veiller particulièrement à une détermination précise du champ d'application matériel du processus de résolution. À cet égard, bien que la pratique en soit encore à ses premiers balbutiements, on constate cependant que de nombreuses plate-formes d'ODR revêtent un caractère généraliste⁸⁵. Dans ce contexte, la diversité des

83. À titre d'exemple, voy. en Belgique, le *Brussels Business Mediation Center (BBMC)*, en ligne à l'adresse <http://www.ccib.be/fr/bbmc/SiteBBMC.html>; voy. au Grand-Duché de Luxembourg la récente création, à l'initiative de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, de la Chambre de Commerce ainsi que de la Chambre des Métiers, en mars 2003, du *Centre de Médiation du Barreau de Luxembourg (CMBL)*, http://cc.lu/presse/communiqu_13_3_03.htm.

84. Voy. F. VAN DE PUTTE et P. VAN LEYNSEELE, « Mode d'emploi de la médiation », *J.T.*, 1999, p. 236. La formation des tiers amène en outre à se poser la question de leur accréditation. À l'heure actuelle, il n'existe pas encore de reconnaissance de cette profession. Seules les accréditations conférées par l'une ou l'autre association assurent le sérieux des personnes exerçant ce métier. À cet égard, il y a lieu de s'interroger sur la question de savoir si les pouvoirs publics doivent relayer les efforts fournis par les praticiens en mettant en place des systèmes d'accréditation des tiers qui ne devraient toutefois pas porter atteinte à la flexibilité et à la simplicité des ADR ».

85. En effet, comme le souligne l'étude réalisée par l'Université de Genève, en ce qui concerne spécifiquement la résolution *en ligne* des litiges : « many institutions offer mediation for any kind of dispute, that is, as one institution states, for 'any dispute that is amenable to mediation'. Examples range from e-commerce transactions and medical claims to employment matters, personal injuries and verbal abuse on the web. When there are limitations, they often concern specifically family law issues, though disputes arising from commercial online activities are sometimes the only amenable disputes ». Th. SCHULTZ et alii, « Online Dispute Resolution: The State of the Art and the Issues », E-Com Research

opérations pour lesquelles une plainte peut être adressées à la plate-forme détruit l'idée selon laquelle un panel de médiateurs, interne à la plate-forme et donc nécessairement restreint, pourrait résoudre l'ensemble des conflits.

Face à ce constat, une seconde formule peut être envisagée qui privilégierait la voie externe, c'est-à-dire le recours à des collèges ou commissions de médiateurs dont l'existence peut être totalement indépendante de la plate-forme. Cette dernière n'agirait alors que sur un plan purement technique. À ce titre, il serait, par exemple, opportun pour la plate-forme de collaborer avec des institutions spécifiques telles que le *Brussels Business Mediation Center (BBMC)*⁸⁶ ou plus largement l'Ordre des avocats.

À cet effet, il importe cependant de déterminer les modalités pratiques de collaboration entre plate-forme et collèges de médiateurs et de clarifier les rôles des différents protagonistes afin de garantir la qualité de leur intervention par un régime effectif de contrôle et de supervision⁸⁷.

Ceci implique d'aborder des questions aussi importantes que :

- l'établissement de standards pour les médiateurs (code de conduite) ;
- le développement de programmes de formation ;
- la mise en place d'un programme d'évaluation des performances ;
- la rémunération des médiateurs.

3.3. La résolution des litiges

3.3.1. D'un renversement de perspective

Classiquement, ceux qui analysent les modes alternatifs de résolution des litiges s'attachent aux fonctions nobles de ces mécanismes, c'est-à-dire la recherche assistée par un tiers neutre d'une solution ou l'imposition par celui-ci d'une solution ; soit les fonctions de médiation, de conciliation, voire d'arbitrage.

Project of the University of Geneva, Geneva, 2001, p. 25, disponible en ligne à l'adresse <http://www.online-adr.org/reports/TheBlueBook-2001.pdf>.

86. <http://www.ccib.be/fr/bbmc/SiteBBMC.html>.

87. Au vu des obligations pesant sur le médiateur, on peut se rendre compte que son intervention dans le processus de résolution peut poser certaines difficultés (obligations d'impartialité, de confidentialité).

Or, dans la pratique, il apparaît que ces fonctions s'appuient sur des mécanismes, peut-être moins singuliers mais bien plus fondamentaux, et qui généralement suffisent à l'élaboration d'une solution. En particulier, les mécanismes de formulation, de gestion des plaintes et de négociation constituent les premières étapes et bien souvent les seules du processus de résolution.

Il convient dès lors d'opérer un renversement de perspective afin d'adopter une approche globale de la problématique de la résolution extrajudiciaire des litiges. À cet égard, nous ne saurions trop insister sur l'intérêt de mettre en place une série de « filtres », situés en amont du processus de résolution proprement dit⁸⁸.

3.3.1.1. La formulation et la gestion des plaintes

Les systèmes automatisés de formulation et de gestion des plaintes permettent sans aucun doute de faciliter le bon déroulement d'un processus alternatif de résolution des litiges. Selon nous, ils constituent un facteur important du succès d'une plate-forme d'ODR.

En effet, la pratique révèle que la difficulté essentielle pour une partie non satisfaite est de formuler correctement sa plainte et de la décrire de manière telle que l'autre partie puisse facilement l'appréhender. Dans ce contexte, la question de la mise en œuvre d'un système efficace de formulation et de gestion de la plainte se pose avec une acuité particulière.

Pour les plate-formes d'ODR à vocation généraliste, il convient de mettre en place un système qui tienne compte de la diversité des secteurs : la description de la défectuosité d'un produit n'a rien à voir avec les problèmes rencontrés en matière de protection des données à caractère personnel en cas de « spamming ». À cet effet, il conviendrait d'instituer un système 'en cascade', basé sur plusieurs formulaires de plainte.

À propos de la description des problèmes rencontrés par les parties, il convient d'être attentif à l'intérêt d'une nomination des « motifs » de plainte. Un tel effort a notamment été entrepris par l'Institut suisse de normalisation⁸⁹ en matière de commerce électronique et peut constituer une bonne source d'inspiration.

88. Parmi ces filtres, il convient aussi de souligner l'importance, pour les professionnels, de mettre en place au sein de leur entreprise un service d'aide à la clientèle.

89. Voy. Association suisse de normalisation, *Electronic commerce – requirements for shop presentation and transaction*, SNR 1 :2001, Winterthur, SNV, 2001. Cette initiative devrait être reprise par le comité Européen de Normalisation. Soulignons, en outre, que l'existence de formulaires normalisés permet par ailleurs leur traduction dans de multiples langues.

En ce qui concerne la gestion des plaintes, le dépôt de celles-ci devrait faire l'objet d'une immatriculation lors de leur accusé de réception. Ainsi, la plate-forme devrait envoyer automatiquement au plaignant un message mentionnant la date de la réclamation⁹⁰ et un numéro de référence unique. Ce numéro de référence permettra à celui-ci d'accéder au site web de la plate-forme pour suivre la progression de la réclamation et pour rapporter à la plate-forme n'importe quel problème.

3.3.1.2. *Le passage par une phase de négociation*

Avant d'entrer dans le vif du processus de résolution *stricto sensu*, il serait opportun de prévoir un passage préalable des parties par une phase de négociation. Il s'agit ici de profiter de l'espace technique que constitue la plate-forme. L'intérêt de la mise en relation des parties et de leur négociation *via* les technologies offertes par la plate-forme constitue assurément un atout précieux pour permettre aux parties de trouver, d'abord entre elles, une solution à leur différend.

Ce premier filtre se justifie surtout en matière de litiges de consommation⁹¹, où il serait même souhaitable d'imposer au professionnel qui adhère au système de se soumettre à tout le moins à cette phase de négociation, première étape du processus de résolution⁹².

Cette obligation de participation imposée au professionnel qui adhère au système est de nature à renforcer l'effectivité du système et, par là, à augmenter la confiance des consommateurs à l'égard des modes alternatifs de résolution des litiges. En effet, de cette façon, le consommateur aura la garantie de pouvoir exposer ses griefs et en débattre avec le professionnel concerné, au moins pendant le temps imparti à la phase de négociation, et ce, sans risques de voir ce dernier

90. Cette information relative à la date de la réclamation est importante afin de vérifier que les délais du processus de résolution sont respectés.

91. Entre commerçants, le « réflexe » de la négociation est beaucoup plus fréquent. Des négociations auront déjà été entreprises par l'entremise des avocats des parties avant le processus de résolution proprement dit.

92. Parallèlement, il convient aussi de souligner l'importance pour les entreprises de mettre en place en leur sein un service d'aide à la clientèle (ou à tout le moins de désigner une personne de contact). Il existe actuellement une réelle tendance, émanant tant des organisations professionnelles que consoméristes, à mettre l'accent sur cet aspect de la problématique de la résolution des litiges. Voy. International Chamber of Commerce, « Putting it right – Best practices for customers redress in online business », November 2003, disponible en ligne à l'adresse http://www.iccwbo.org/home/e_business/word_documents/PUT-TING-rev.pdf ou encore le projet CCform, <http://www.complaintsplatform.com>.

se dérober ou manquer de diligence, puisqu'il s'est engagé auprès de la plate-forme à respecter certaines obligations⁹³.

3.3.2. Le processus de résolution

3.3.2.1. *Transparence*

Des moyens appropriés doivent être instaurés afin de garantir la transparence de la procédure et la sécurité juridique. Le principe de transparence poursuit un double objectif.

D'une part, il s'agit de fournir, de manière claire et non ambiguë, aux personnes intéressées, tous les renseignements nécessaires sur les modalités et les finalités du processus d'ODR. Cet objectif est essentiel pour les parties ; il doit en effet leur permettre de faire le choix, en toute connaissance de cause, de recourir à l'ODR ou, le cas échéant, de s'adresser aux cours et tribunaux. D'autre part, il permet un certain contrôle des activités de l'organe extrajudiciaire de règlement des litiges.

Par transparence, il y a lieu d'entendre la fourniture de toute une série de renseignements destinés à informer le public non seulement sur l'identité du prestataire lui-même, mais également sur l'ensemble de ses activités.

En cette matière, force est de constater que les exigences sont nombreuses ; celles-ci se trouvant consacrées dans différents instruments normatifs, dédiés spécialement ou non à l'environnement numérique. Aussi, convient-il d'accorder une attention toute particulière à l'ensemble de ces sources qui toutes prévoient des dispositions concernant l'information des parties.

Parmi ces sources normatives, on peut notamment citer :

- la législation en matière de commerce électronique et de services de la société de l'information ;
- la législation en matière de protection des données et de communications électroniques ;
- la législation en matière de pratiques de commerce et de vente à distance ;
- les recommandations sur les règlements extrajudiciaires des litiges.

D'un point de vue pratique, il convient dès lors de mettre en place au sein de la plate-forme des dispositifs organisationnels et techniques

93. Voy. la section consacrée à l'effectivité (label et code de conduite), *infra*, p. 27.

susceptibles de rendre la pratique de l'ODR suffisamment transparente aux yeux du public. Cette exigence passe notamment par l'élaboration minutieuse du site web de la plate-forme où seront mises en évidence les informations qui sont les plus susceptibles d'intéresser les destinataires en ce qui concerne le processus de résolution⁹⁴.

En outre, pour susciter la confiance des utilisateurs potentiels de la plate-forme, il conviendrait de publier sur le site des informations relatives à la politique de la plate-forme en matière de sécurité et de protection des données à caractère personnel. De même, la publication des résultats et d'éléments statistiques relatifs au processus de résolution devrait, à tout le moins, être prévue afin d'évaluer la qualité du processus d'ODR.

3.3.2.2. *Efficacité*

La question de l'efficacité des modes alternatifs de résolution des litiges se pose avec une acuité particulière dès lors que l'on s'interroge sur les conditions de leur développement.

Par « efficacité », il faut entendre les modalités du processus de résolution facilitant l'accès à celui-ci et permettant son déroulement dans des conditions avantageuses pour les parties. Plus particulièrement, si ces mécanismes doivent apporter une solution de remplacement réaliste à une procédure judiciaire, ils devraient viser à surmonter les problèmes afférents en termes de complexité, de coûts, de délai et de représentation⁹⁵.

Bien que le principe d'efficacité revêt un caractère polymorphe, nous insisterons surtout, dans le cadre limité de cette contribution, sur la question des délais, souvent au centre des débats en cette matière⁹⁶.

Le principe d'un accès possible à la justice, et ce à tous les stades du processus de résolution, est une opportunité précieuse offerte aux parties qui caractérise la plupart des modes alternatifs de résolution des litiges⁹⁷. Or, un processus de résolution d'une durée trop longue pourrait affecter le droit d'accès à la justice d'une des parties dans la mesure où un tel processus n'empêche pas les délais de prescription

94. Est-ce que l'ODR est approprié pour le litige ?; Combien cela va-t-il coûter ?; Combien de temps le processus de résolution dure-t-il ?; Le prestataire d'ODR est-il impartial ?; Si un accord est atteint, comment celui-ci va-t-il être mis en exécution ?; etc.

95. Sur la représentation des parties dans le cadre du processus de résolution, voy. *infra*, pp. 29-30.

96. Voy. le Rapport du Forum des droits sur l'internet, « Les modes alternatifs de règlement des différends », 17 juin 2002, pp. 14-15, disponible en ligne à l'adresse <http://www.foruminternet.org>.

97. Ce principe est consacré à l'article 13 de la proposition de loi : « Chacune des parties peut à tout moment mettre fin à la médiation, sans que cela puisse lui porter préjudice ».

pour saisir les tribunaux de continuer à courir⁹⁸. À l'issue de la procédure d'ADR, et dans l'hypothèse d'un échec de la procédure, les justiciables pourraient alors voir leur action éteinte, ou voir leur délai de prescription réduit *de facto* de façon injustifiée.

Une telle hypothèse risquerait en outre de susciter un comportement « opportuniste » et dilatoire de la part de certains acteurs qui seraient susceptibles de proposer un mode alternatif pour éviter une action en justice qui pourrait leur être défavorable. Si le risque de voir se développer cette stratégie de « gagner du temps » pour laisser passer les délais de prescription ne doit pas être surestimé, il ne peut être non plus négligé.

En matière de médiation, la proposition de loi belge⁹⁹ n'a pas manqué d'aborder cette question cruciale. Elle dispose à cet égard que la proposition faite à l'autre partie de recourir au processus de médiation, à condition qu'elle soit adressée par envoi recommandé et qu'elle contienne la réclamation d'un droit, suspend le cours de la prescription de l'action attachée à ce droit pendant une période d'un mois.

La signature du protocole suspend le cours de la prescription durant la médiation.

Cette suspension prend fin, sauf accord exprès de parties, un mois après la notification faite par l'une des parties ou par le médiateur à l'autre ou aux autres parties de mettre fin à la médiation. Pareille notification devant avoir lieu par lettre recommandée¹⁰⁰.

Notons encore que si la proposition de loi prévoit la rédaction et la signature d'un protocole de médiation destiné à entériner les modalités d'organisation du processus de médiation¹⁰¹, elle n'exige pas, parmi celles-ci, que soit fixé un délai maximal pour la résolution

98. En effet, en matière de consommation par exemple, une action en garantie légale doit être intentée « dans de brefs délais » à compter de la découverte de vices cachés.

99. Voy. les articles 14 et 15 de la proposition de loi. Voy. aussi l'article 7 de l'avant-projet de directive sur certains aspects de la médiation civile et commerciale, consacré spécialement à cette problématique (*suspension of limitation periods*), précité note 52.

100. Une telle détermination du moment auquel la suspension de la prescription prend fin (un mois après la notification) est prévue pour permettre à la partie à l'encontre de laquelle court le délai de prescription de prendre les mesures nécessaires (limiter le risque qu'une partie n'ait plus la possibilité de se retourner si la demande de médiation est formulée à une date rapprochée de l'expiration du délai de prescription et qu'une notification survient pour mettre fin au processus).

101. Voy. l'article 15 de la proposition de loi. Ce protocole devrait à tout le moins contenir : les coordonnées des parties, du médiateur, un rappel du caractère volontaire de la médiation, un exposé succinct du litige, un rappel du principe de confidentialité, le mode de fixation et le taux des honoraires du médiateur (et les modalités de paiement), la date ainsi que la signature des parties et du médiateur.

du litige. De cette manière, elle laisse aux parties en conflit le temps nécessaire pour aboutir à une solution satisfaisante¹⁰². En pratique, toutefois, on peut raisonnablement s'attendre à ce que le médiateur fixe lui-même certains délais afin d'encourager les parties à être créatives et à rechercher activement un accord.

Enfin, de manière générale, il convient de souligner que l'efficacité d'un processus de médiation se mesure également à l'aune de son accessibilité et de sa disponibilité à l'égard des parties. Il ne s'agit ici donc pas seulement d'éclairer les destinataires sur le fonctionnement du service auquel elles ont recours en leur garantissant une certaine transparence, mais également de leur offrir un fonctionnement aussi simple et pratique que possible afin de leur « faciliter la vie » tout au long du processus de résolution (*user friendly*). À cet égard, il apparaît clairement que les nouvelles technologies peuvent jouer un rôle fondamental.

La mise en œuvre d'une interface et d'une architecture techniques performantes permettront, sans aucun doute, de faciliter la pratique des modes alternatifs de résolution des litiges, qu'il s'agisse de la transparence ou de l'efficacité de leur processus de résolution.

3.4. L'effectivité

3.4.1. Observations générales

Un reproche récurrent fait à l'encontre des processus « souples » de résolution des litiges (*non-binding ODR methods*) est leur manque d'effectivité intrinsèque. On vise ici le problème de l'exécution et de la mise en œuvre des solutions (accords) issues du processus de résolution. En effet, si le processus de résolution aboutit positivement, il débouche sur une convention dont l'exécution, en cas de différend ultérieur, peut s'avérer plus difficile que celle d'une décision judiciaire ou arbitrale.

De manière générale, force est donc de constater que le non-respect de l'accord par l'une des deux parties aura pour effet de créer un nouveau litige. Dans ce cas, à moins qu'elle ne se résigne, la partie victime d'un cocontractant défaillant se verra contrainte de saisir les tribunaux. Un tel recours à la voie judiciaire classique semble alors vider le processus d'ODR de toute sa substance. En effet, refont ainsi surface tous les

102. Toute la tâche du médiateur consiste alors à essayer de dégager un consensus entre les parties. Lui imposer un délai reviendrait à limiter la marge de manœuvre de ce dernier. En pratique, toutefois il pourra lui-même fixer un délai pour encourager les parties à rechercher activement un accord.

obstacles auxquels la partie la plus diligente a justement voulu échapper en recourant à un processus alternatif de résolution des litiges : l'importance des coûts, la lenteur, la rigidité de la procédure, etc.¹⁰³

Cette difficulté propre aux processus souples de résolution des litiges doit cependant être relativisée¹⁰⁴. En effet, il convient ici de rappeler que les processus de modes alternatifs ne peuvent fonctionner utilement qu'en cas de volonté réelle des parties d'aboutir à un accord. Cet accord, élaboré en toute connaissance et de manière volontaire, a alors toutes les chances d'être respecté.

3.4.2. Vers une effectivité institutionnelle

La problématique de l'exécution des accords de médiation reste néanmoins au centre des débats, notamment au niveau européen. Elle fut notamment mise en exergue dans le cadre du Livre vert consacré aux modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial¹⁰⁵ et témoigne de l'intérêt des institutions européennes pour cette problématique.

Dans le cadre du Livre vert, plusieurs pistes de solution furent dégagées, celles-ci ayant la caractéristique commune de s'orienter vers la recherche d'une effectivité que nous qualifierons ici d'« extrinsèque », puisqu'elle repose, selon différentes modalités, sur une forme de consécration de nature institutionnelle¹⁰⁶.

103. Cette circonstance est encore plus problématique si la partie défaillante est établie dans un pays étranger (en cas d'ADR transfrontière). En effet, dans ce cas, il faudra recourir à une procédure d'*exequatur*.

104. Certains auteurs vont même jusqu'à minimiser l'importance de cette question de la force exécutoire de l'accord : « on peut s'interroger sur l'importance réelle de cette question : processus volontaire consistant à vider un différend de sa substance, un mode alternatif de règlement ne peut donner lieu à des garanties quant à l'exécution de l'accord conclu. Il s'apparenterait alors à une justice parallèle sans en avoir les attributs ». Voy. le rapport du Forum des droits sur l'internet, « Les modes alternatifs de règlements des différends », *op. cit.*, p. 13.

105. Voy. Livre vert, n°s 84 à 87 et les interrogations formulées sous la question n° 18 : « Y a-t-il besoin de renforcer l'efficacité des accords d'ADR dans les États membres ? Quelle est la meilleure solution au problème de la reconnaissance et de l'exécution dans un autre État membre de l'Union européenne des accords d'ADR ? Devrait-on notamment adopter des règles spécifiques afin de conférer un caractère exécutoire aux accords d'ADR ? Dans l'affirmative, sous réserve de quelles garanties ? ».

106. Pour les uns, il serait opportun d'assimiler, sous certaines conditions, les accords d'ADR aux autres actes susceptibles d'exécution forcée pouvant bénéficier du mécanisme d'*exequatur* simplifié, prévu par le règlement Bruxelles I. Pour les autres, une intervention en vertu de laquelle ces accords se verraient systématiquement reconnaître un caractère exécutoire n'apparaît pas justifiée ; ces derniers excipant du fait que les dispositions contenues dans les législations des États membre en matière de droit des contrats – comme la possibilité

Plutôt que de prévoir de nouvelles dispositions en la matière, la Commission européenne semble avoir opté, parmi ces pistes, pour la sécurité juridique en privilégiant le recours à des mécanismes classiques déjà consacrés par les dispositions législatives des États membres, tels que l'homologation judiciaire ou la constatation par acte authentique.

Comme en témoigne le très récent avant-projet de directive relative à certains aspects de la médiation civile et commerciale¹⁰⁷, qui consacre un article spécifiquement dédié à la problématique de l'exécution des accords de médiation (art. 5 : *enforcement of agreements*), la Commission souhaite imposer aux États membres de faire en sorte que les accords issus de la volonté des parties puissent recevoir l'onction d'une autorité publique¹⁰⁸.

En cette matière, le législateur belge a, si ce n'est anticipé, du moins opéré selon la même logique que les instances européennes. En effet, pour résoudre le problème de l'effectivité attaché aux accords de médiation, la proposition de loi offre aux parties ou à l'une d'entre elles l'opportunité de soumettre l'accord pour homologation au juge compétent, conformément à la procédure prévue aux articles 1025 et suivants du Code judiciaire (requête unilatérale). À ce titre, l'accord ainsi homologué se verra reconnaître les mêmes effets que ceux d'un jugement au sens de l'article 1043 du Code judiciaire.

Cette procédure requérant normalement la signature d'un avocat, la loi prévoit en outre que la requête peut être signée par les parties elles-mêmes si elle émane de toutes les parties à la médiation.

Enfin, notons que le juge ne peut refuser l'homologation de l'accord que si ce dernier est contraire à l'ordre public.

3.4.3. Label et code de conduite

Soulignons enfin que les professionnels des modes alternatifs de résolution en ligne des litiges – et spécialement des litiges de consommation –, à défaut d'intervention légale en la matière, n'ont

d'avoir recours à l'homologation judiciaire ou à l'acte authentique – paraissent d'ores et déjà suffisantes.

107. Précité, note 52.

108. Plus précisément l'article 5 dispose que : « § 1. Member States shall ensure that, upon request of the parties, a settlement agreement reached as a result of a mediation can be confirmed in a judgment, decision, authentic instrument or any other form that renders the agreement enforceable under national law, provided that the agreement is considered as a binding contract in accordance with the applicable law to the agreement. § 2. Member States shall designate one or more courts or public authorities competent for receiving a request in accordance with paragraph 1 and communicate that information to the Commission ».

pas attendu pour envisager d'autres moyens que la pression d'une action judiciaire pour amener les parties à respecter leurs engagements. Ces moyens sont à trouver du côté des mécanismes d'autorégulation.

Plus particulièrement, la pratique récente en matière d'ODR a révélé qu'il était opportun de s'appuyer sur une structure tripartite d'autorégulation, basée sur un processus de résolution, un label ainsi qu'un code de conduite¹⁰⁹. En termes d'effectivité, l'association entre label et code de conduite paraît offrir une solution souple et adéquate afin de répondre aux problèmes de l'exécution de l'accord conclu à l'issue du processus de résolution et, plus largement, de bonne administration de ce processus.

Le code de conduite, véritable clef de voûte du système, devrait prévoir un certain nombre de règles destinées à assurer un comportement loyal et diligent des parties, et plus largement, la qualité du processus de résolution. En outre, ledit code devrait prévoir l'application de sanctions en cas de manquement à certaines règles considérées comme essentielles.

En matière de litiges de consommation, la solution prônée est cependant d'établir un régime à double vitesse en ce qui concerne les effets contraignants du code de conduite. Ainsi, le respect de ce code de conduite serait uniquement obligatoire dans le chef du professionnel¹¹⁰. Le label pouvant être décerné aux professionnels souscrivant à la plate-forme aurait pour effet d'attirer l'attention des consommateurs sur le fait que ces professionnels s'engagent à respecter une série de principes spécifiques lorsqu'ils participent au processus de résolution offert par la plate-forme et qu'à défaut, ils s'exposent à des sanctions.

Parmi celles-ci, le retrait du label s'impose bien entendu comme une sanction incontournable. Il est cependant possible d'envisager cette

109. P. DE LOCHT et Ch. LAZARO, « Voyage dans les interstices du droit : autorégulation et codes de conduite dans le cadre du commerce électronique », in E. MONTERO (sous la dir.), *Le commerce électronique européen sur les rails ?*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 297-326 ; B. BRUN, « Nature et impacts juridiques de la certification dans le commerce électronique sur Internet », in LEX ELECTRONICA, vol. 7, n°1, été 2001, <http://www.lex-electronica.org/articles/v7-1/brun.htm>.

110. Dans cette optique, le code ferait partie intégrante des termes et conditions du contrat conclu entre l'administrateur de la plate-forme et le professionnel qui souscrit et utilise le système de résolution. De cette façon, plus qu'un simple instrument d'autorégulation, le code entrerait dans la sphère contractuelle et gagnerait ainsi en effectivité. Cela n'empêche cependant pas de faire en sorte que – que ce soit dans la façon de formuler les règles ou de les présenter – certaines règles s'adressent indifféremment aux deux parties. En effet, au-delà de sa vocation explicative, le code contribuerait alors à faire prendre conscience aux consommateurs du sérieux de leur engagement dans le processus de résolution.

sanction comme l'étape ultime d'un schéma coercitif de type graduel. Un tel schéma pourrait prévoir successivement un avertissement, un blâme, un retrait temporaire du label, et enfin une exclusion définitive du système¹¹¹.

D'autres types de mesures additionnelles peuvent encore être explicitement prévues comme des sanctions pécuniaires en vertu du contrat qui unit le professionnel à la plate-forme (stipulation pour autrui), la publicité des mesures prises, ou encore l'avertissement des autorités publiques compétentes en cas de pratiques manifestement illicites de la part du professionnel.

En outre, il apparaît opportun de mettre en place un système de publicité des mesures prises à l'encontre d'un professionnel. Toutefois, le recours à des mesures de publicité peut s'avérer délicat et entraîner la responsabilité du prestataire d'ODR ; un tel recours donc requiert, selon nous, de distinguer les modalités de publicité utilisées. Aussi, la prudence s'impose-t-elle, par exemple, en ce qui concerne la publication d'une liste noire (*blacklist*) répertoriant les professionnels négligents. En raison de son caractère stigmatisant, cette mesure pourrait dans certaines circonstances revêtir un caractère excessif, voire disproportionné.

4. RÔLE DE L'AVOCAT ET DU BARREAU EN MATIÈRE D'ODR

4.1. *Rôle de l'avocat*

4.1.1. Connaissance des ODR

La première mission de l'avocat chargé d'un litige par son client est d'aider ce dernier à trouver la meilleure issue au litige qu'il connaît.

Dans cette optique, l'avocat ne peut ignorer les différents modes de règlement alternatif des litiges et les avantages que ceux-ci peuvent présenter pour son client (procédure moins longue, moins coûteuse, moins traumatisante... à juger selon les cas).

111. Cela permettrait de rappeler progressivement à l'ordre les professionnels défaillants, par la menace de la révocation du certificat et de l'exclusion du système.

Dans ce cadre, l'avocat a également l'obligation de se tenir au courant du développement des différents outils d'ODR susceptibles de démultiplier les effets bénéfiques des ADR.

4.1.2. Dans le processus ODR, comme avocat

- Négociation en ligne : de nombreux outils de négociation en ligne ont été développés dans les pays anglo-saxons¹¹². Adaptée à notre réalité, elle devrait être un outil facilitant les négociations entre avocats au bénéfice de leur client, notamment les systèmes de négociation « à l'aveugle » qui permettent par des propositions successives de tenter de rapprocher les offres et demandes de chacune des parties, après définition du seuil à partir duquel on considère qu'un accord est atteint et du pas de négociation (montant minimal dont il faut majorer son offre ou minorer sa demande).
- Médiation en ligne : la difficulté de l'application des nouvelles technologies ou techniques de médiation peut provenir de l'absence de présence physique des parties d'une face à l'autre, et face au médiateur.

À l'origine du processus de médiation, il appartient au médiateur de distinguer dans le discours des parties où se situe l'essence du différend séparant les parties. L'avocat, habitué par sa profession à cet exercice, apparaît comme un interface fort utile, voire indispensable pour le bon fonctionnement d'une médiation en ligne, dès lors que l'affaire atteint un certain niveau de complexité. En outre, il peut être plus aisé pour le médiateur qui a les parties face à lui de « sentir » dans quelle direction pourrait se trouver la solution négociée du conflit. Ici également, la collaboration positive de l'avocat, qui est en contact avec son client, dans la recherche de la solution pourrait s'avérer cruciale.

Notons que les deux recommandations européennes consacrent la possibilité pour les parties de se faire représenter à l'occasion du processus de résolution. La recommandation 98/257/CE érige cette possibilité au titre de principe¹¹³ tandis que la recommandation 2001/310/CE y fait référence sur le principe d'efficacité¹¹⁴.

Toutefois, il est intéressant de remarquer que les deux recommandations¹¹⁵, avant de reconnaître aux parties un droit de se

112. Voy. *supra*, pp. 4-5.

113. Voy. le point VII de la recommandation 98/257/CE.

114. Voy. le point C, § 4 de la recommandation 2001/310/CE.

115. Voy. le point IV, premier tiret de la recommandation 98/257/CE et le point C, § 4 de la recommandation 2001/310/CE.

faire représenter, font de la facilité de l'accès au système une priorité. Aussi prévoient-elles avant tout que les parties doivent avoir accès à la procédure sans devoir faire appel à un représentant légal. Ensuite seulement, elles consacrent la possibilité pour les parties de pouvoir être représentées ou être assistées par un tiers à tout moment du processus de résolution.

S'il est compréhensible, vu la diversité des situations européennes, que la recommandation parle de « tiers » assistant une partie, il importera que les Ordres soient attentifs à ce que, en principe, ce tiers soit un avocat.

4.1.3. Dans le processus ODR, comme tiers

L'avocat peut être naturellement désigné comme médiateur ou arbitre.

S'il entend être désigné régulièrement comme médiateur, l'avocat veillera à remplir les conditions posées pour être médiateur agréé par la commission fédérale de médiation prévue par la proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation. Ces conditions sont relatives à la qualification, à la formation ou à l'expérience adaptée à la pratique de la médiation, aux garanties d'indépendance et d'impartialité et à l'obligation de suivre une formation permanente. La proposition de loi prévoit en outre, dans la mesure requise par la fonction, l'absence de condamnation judiciaire ou de sanction disciplinaire ou administrative¹¹⁶.

Il faudra d'ailleurs, après l'entrée en vigueur de la loi si elle reste telle, que l'avocat soit agréé par la commission fédérale de médiation pour pouvoir être nommé médiateur judiciaire. S'il n'est pas agréé, il pourrait être désigné comme médiateur volontaire, mais il apparaît souhaitable qu'il ne le soit alors qu'à titre exceptionnel ou occasionnel.

En outre, l'avocat demeure soumis à sa déontologie¹¹⁷.

Dans le cadre de la médiation, se pose fréquemment pour les parties la question de savoir s'il vaut mieux choisir un juriste ou un spécialiste de la matière traitée.

Pour pouvoir défendre un litige professionnel d'un de ses clients, l'avocat doit naturellement entrer dans la technicité du métier du client.

Sauf dans les litiges où le problème est exclusivement ou quasi exclusivement technique et non juridique, l'avocat conviendra donc

116. Voy. *supra*, pp. 18-19.

117. Voy. *infra*, p. 31.

bien pour remplir le rôle de médiateur, d'autant qu'existe toujours la possibilité de faire appel à un tiers expert.

Enfin, l'avocat peut avoir, par son expérience professionnelle, connaissance de différentes possibilités de solution à un litige donné.

4.2. *Le rôle du Barreau*

4.2.1. Rôle déontologique et disciplinaire

Il n'est pas douteux que l'avocat qui intervient comme tiers dans un processus alternatif de règlement de litiges reste soumis à sa déontologie d'avocat¹¹⁸. Ce principe avait déjà été affirmé par l'Ordre National en ce qui concerne les mandats de justice il y a longtemps¹¹⁹.

L'OBFG a d'ailleurs édicté en date du 20 janvier 2003 un règlement sur la déontologie de l'avocat en matière de médiation.

Devant la Commission de la Justice, à l'occasion de l'examen de la proposition de loi concernant la médiation, la Ministre de la Justice a déclaré : « Le problème de la déontologie n'est pas nouveau. Il se pose par exemple de la même façon pour un avocat qui est curateur d'une entreprise en faillite. Dans ce cas, les règles de déontologie priment. Toutes les autres règles sont donc subsidiaires. Il en irait de même pour la médiation »¹²⁰.

Le règlement du 20 janvier 2003 rappelle le rôle du médiateur, définit les préliminaires, la mise en place de la médiation, notamment les informations préalables à donner aux parties (art. 2), définit les conditions pour que le médiateur puisse conserver à tout moment une attitude indépendante et impartiale (art. 3), pose le principe du secret professionnel dans la mission de l'avocat-médiateur (art. 4), détermine le devoir de réserve qui s'impose à l'avocat-médiateur qui doit s'abstenir en principe de donner des avis personnels sur les droits et obligations respectifs des parties, sur les mérites des accords proposés ou des propositions d'entente qui sont formulées (art. 5), impose au médiateur de s'assurer de la sécurité juridique de la médiation (art. 6),

118. Cette question a fait l'objet de discussions à l'occasion des travaux relatifs à la proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, voy. le Rapport fait au nom de la Commission de la Justice (par A. COURTOIS et L. VAN DER AUWERA), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0327/007, p. 2134 - 15.

119. Règlement 17 février 1972 : « Les avocats investis d'un mandat de justice (curateur de faillite, liquidateur, curateur à succession vacante, etc) restent soumis à toutes les obligations déontologiques du barreau compatibles avec la mission dont ils sont chargés », cité par C. LECLERCQ, *Devoirs et prérogatives de l'avocat*, Bruxelles, Larcier, n° 20, p. 31.

120. Rapport fait au nom de la Commission de la Justice (par A. COURTOIS et L. VAN DER AUWERA), *op. cit.*, p. 15.

pose le principe de la rédaction d'un procès-verbal d'entente (art. 7), détermine les cas dans lesquels il y a lieu de prévoir une suspension ou une interruption de la médiation (art. 8).

L'application de ce règlement n'est pas incompatible avec une médiation en ligne, mais le médiateur devra toutefois être attentif à obtenir une assurance raisonnable de l'identité des parties qu'il ne rencontrerait pas dans le cadre du processus de médiation en ligne, afin de lui permettre de vérifier s'il n'existe pas d'incompatibilité.

De même, se posera la question de la signature (électronique) du procès-verbal d'entente¹²¹.

Indépendamment de ce règlement sur la médiation, il va de soi que l'avocat intervenant comme conseil d'une des parties engagées dans le cadre d'un processus d'ODR est également soumis à sa déontologie.

4.2.2. Rôle dans l'organisation d'une plate-forme

Il est permis de s'interroger sur l'opportunité qui existerait de voir les barreaux mettre en place une plate-forme de modes alternatifs de règlement de litige en ligne.

Certains barreaux ont déjà pris des initiatives en vue de la mise en place de centres de médiation¹²².

Actuellement, l'aspect en ligne se limite au plus à une possibilité d'initier un processus qui se déroule de manière classique.

La plate-forme ODR mise en place par les barreaux devrait être ouverte aux justiciables assistés ou non d'un avocat.

Elle devrait avoir recours à un système de formulaire permettant de cerner au mieux les enjeux du litige.

La plate-forme devrait permettre la mise en place de la médiation, la désignation du médiateur étant exécutée par la plate-forme en fonction des données de litige qu'elle a reçues, le tout étant bien entendu soumis à l'accord des parties.

Il serait également utile de pouvoir proposer une procédure de *med-arb*¹²³, combinant médiation et arbitrage pour donner l'assurance aux justiciables d'un règlement de leur conflit au terme de la procédure.

121. Voy. *supra*, p. 7.

122. Voy. notamment le centre de médiation commerciale de Bruxelles, mis en place conjointement par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Bruxelles, l'Ordre néerlandais et l'Ordre français des avocats du Barreau de Bruxelles, Bruxelles Business Médiation Center (BBMC), <http://www.500ccib.irisnet.be/fr/bbmc/SiteBBMC.html>.

123. Voy. *supra*, p. 9.

Une telle plate-forme pourrait également fédérer les différents centres de médiation mis en place sur une base corporatiste.

Le financement d'un tel outil devrait être supporté par les fonds publics, avec une participation du barreau. L'engagement de fonds publics se justifie par le fait qu'un tel outil peut éviter l'arrivée de litiges devant les tribunaux puisque l'on considère généralement qu'environ 70% des litiges sont réglés par les modes alternatifs de règlement.

Ce serait une belle façon pour les barreaux de rappeler que, contrairement à ce que d'aucuns disent parfois, leur rôle est de régler les litiges et non de les entretenir !

CONCLUSIONS

Si les modes alternatifs de résolution des litiges existent depuis un certain temps déjà, le développement des nouvelles technologies leur confère assurément une nouvelle actualité. À cet égard, ces instruments sont destinés à occuper une place importante dans la société de l'information, et ce à un double titre.

D'une part, les modes alternatifs de résolution des litiges constituent un instrument précieux pour résoudre les conflits spécifiques à la société de l'information. En effet, au-delà de l'émergence de nouvelles formes de litiges entièrement propres à l'environnement numérique, ceux-ci tiennent de plus en plus à impliquer des acteurs variés, disséminés au niveau international, des droits différents et des cultures diverses. La dimension transnationale de l'environnement numérique est de nature à accentuer encore plus la complexité du règlement des litiges, car elle est susceptible d'engendrer pour les parties des frais supplémentaires, une certaine insécurité juridique, sans compter de complexes et tortueuses délibérations sur la juridiction compétente et la loi applicable¹²⁴. Ces incertitudes et leur impact sur la confiance des consommateurs dressent notamment un obstacle majeur à l'expansion du commerce électronique en Europe. Ce rapide constat souligne l'intérêt actuel de recourir aux modes alternatifs de résolution des litiges : processus ouverts, de nature consensuelle, ils n'ont pas en règle générale, vocation de trancher et de donner tort ou raison à l'une des parties conformément à des règles

124. A. CRUQUENAIRE et Ch. LAZARO, « La loi applicable aux contrats conclus *via* Internet. Entre les eaux troubles de la Convention de Rome et les eaux agitées de la directive sur le commerce électronique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Jeune Barreau de Liège, 2001, pp. 259-300.

strictes, mais ont pour principe de « vider le litige de sa substance » et de retrouver des bases communes de dialogue et de compréhension.

D'autre part, les modes alternatifs de résolution des litiges peuvent aujourd'hui connaître une dimension d'effectivité accrue dès lors qu'ils s'appuient sur les nouvelles technologies, et ce, dans le cadre de la société de l'information. En Amérique du Nord (États-Unis, Canada) depuis quelque temps déjà et plus récemment en Europe, le médium Internet apparaît comme un moyen de faciliter la recherche d'une solution aux différends que ceux-ci portent ou non sur le commerce électronique (mise en relation, possibilité de communiquer en temps réel, information réciproque, etc.). Cette facilitation constitue assurément un « plus » apporté aux méthodes classiques de résolution des conflits¹²⁵. Tout en bénéficiant de l'expérience acquise dans les modes traditionnels de communication, la mise en œuvre de processus extrajudiciaires dans l'environnement numérique peut assurer un accès plus large, une rapidité accrue et parfois même un meilleur suivi et contrôle des procédures. En effet, les avantages de l'utilisation de ce *medium* ne doit pas se faire sans respecter les mêmes garanties essentielles attachées à un processus alternatif quel qu'il soit.

Dans ce contexte, il s'agit de dépasser les distinctions stériles entre modes *off-line* et *on-line*, en prenant conscience que les nouvelles technologies peuvent servir la cause des modes alternatifs de résolution des litiges, quelle que soit la matière faisant l'objet de leur compétence. Aussi, faut-il définitivement se départir de l'idée que les modes alternatifs de résolution des litiges offerts en ligne ne servent qu'à résoudre des conflits propres à l'environnement numérique.

En ce qui concerne plus particulièrement le commerce à distance, il s'agit d'opter véritablement pour une approche globale. En effet, dans la mesure où la réalité de ce marché se conçoit d'une imbrication des techniques utilisées (site web et formulaires papier ; catalogue papier et commandes par Internet), il serait maladroit de réserver les ODR aux seules opérations de commerce électronique. Les avantages de l'utilisation des nouvelles technologies dans la recherche d'une solution en cas de conflit entre les parties doivent bénéficier également aux opérations classiques ou mixtes du commerce à distance.

125. Voy. E. KATSCH, « Online Dispute Resolution : The Next Phase », *Lex Electronica*, vol. 7, n° 2, printemps 2002, en ligne à l'adresse <http://www.lex-electronica.org/articles/v7-2/katsch.htm>. Pour souligner l'apport des nouvelles technologies, l'auteur évoque même, dans le cadre du schéma tripartite caractérisant la plupart des ADR, l'existence d'une « quatrième partie ».

Ensuite, l'utilisation des nouvelles technologies dans le cadre des modes alternatifs de résolution des litiges ne doit pas être envisagée sous un angle exclusif. En effet, une distinction malheureuse est souvent faite entre les processus de résolution entièrement conduits en ligne et ceux qui ne recourent que partiellement aux nouvelles technologies. En pratique, il n'existe sans doute pas de distinction aussi tranchée.

En ce sens, le concept d'ODR ne revêt pas un caractère monolithique ; il convient de l'interpréter dans un sens pluriel, comme reflétant plus une mixité de techniques et impliquant une variation de degrés. La tâche des prestataires appartenant à ce secteur est donc de choisir « the right mix of ODR techniques and traditional off-line dispute resolution techniques, appropriate to the dispute in question »¹²⁶.

Cette observation nous permet d'une part de considérer l'ODR non comme un substitut aux ADR traditionnels mais comme une technique complémentaire, d'autre part, d'envisager une transition progressive des ADR traditionnels vers des processus de résolution en ligne. Dans cette perspective, la plupart des textes normatifs ne traitant pas comme tel de l'application en ligne des modes alternatifs de résolution des litiges, il s'agit de fournir une réflexion prospective en la matière, afin de constituer un cadre adéquat et sûr en cette matière.

Une telle réflexion d'une part passe par un questionnement sur les concepts d'équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique. Il s'agit ici d'énoncer les critères ou les conditions nécessaires pour que ces processus de résolution puissent en toute légalité remplir dans l'environnement numérique des fonctions équivalentes à celles qu'ils étaient appelés à remplir dans l'univers « traditionnel ».

En pratique, il s'agit de surmonter certains obstacles comme l'identification des parties en litige, l'adhésion de celles-ci au processus d'ODR, la transmission des informations et des pièces relatives au litige, ou encore la conclusion (et la signature) de l'accord conclu à l'issue du processus de résolution, autant de questions qui comme

126. Voy. J. HÖRNLE, « Online Dispute Resolution - More Than The Emperor's New Clothes », University of London, Proceedings of the UNECE Forum on ODR, June 2003, p. 23, disponible en ligne à l'adresse <http://www.odr.info/unece2003> p. 1. L'ODR, comme le souligne l'auteur, peut être défini de la manière suivante : « information technology and telecommunication (together referred to as online technology) applied to alternative dispute resolution ». Dit autrement, sous l'angle téléologique, l'ODR a vocation à appliquer les nouvelles technologies de l'information et de la communication à distance aux modes traditionnels de résolution extrajudiciaire des litiges, tels que la négociation, la conciliation, la médiation ou encore l'arbitrage.

telles ne se posent pas à l'occasion du « face-à-face » propre aux processus traditionnels.

D'autre part, cette réflexion repose sur une prise en considération globale de la chaîne de la justice et des nombreux acteurs qui la constituent. Il s'agit ici de familiariser et sensibiliser ces acteurs à une pratique émergente. À cet égard, on ne saurait trop insister sur le rôle que les avocats, en tant que maillons essentiels de cette chaîne, ont à jouer.